

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 28

Mortuus redhibetur

Die Rückabwicklung nach Wandlung
im römischen Recht

Von

Dr. Rosalie Lederle



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Rosalie Lederle / **Mortuus redhibetur**

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 28

Mortuus redhibetur

Die Rückabwicklung nach Wandlung
im römischen Recht

Von

Dr. Rosalie Lederle



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Lederle, Rosalie:

Mortuus redhibetur : d. Rückabwicklung nach
Wandlung im röm. Recht / von Rosalie Lederle.

— Berlin : Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zur Rechtsgeschichte ; H. 28)

ISBN 3-428-05327-3

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 05327 3

Vorwort

Diese Arbeit hat im Wintersemester 1981/82 der juristischen Fakultät der Universität Mannheim als Dissertation vorgelegen.

Die Anregung zu dieser Untersuchung erhielt ich von meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Karl-Heinz Schindler, dem ich für vielfältige Förderung und Unterstützung zu sehr herzlichem Dank verpflichtet bin. Herrn Ministerialrat Professor Dr. Broermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe zur Rechtsgeschichte.

Mannheim, im Oktober 1982

Rosalie Lederle

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	9
-------------------------	---

Erstes Kapitel

Die actio redhibitoria und ihre Formel	12
§ 1 Die actio redhibitoria als Rückabwicklungsklage	12
§ 2 Das Edikt der kurulischen Ädilen	13
§ 3 Das Prozeßverfahren bei der actio redhibitoria	15
§ 4 Die Formel der actio redhibitoria	16
1. Die Rekonstruktion Rudorffs	16
2. Der Arbiträrcharakter der actio redhibitoria	16
3. Die Rekonstruktion Lenels	17
§ 5 Die Formel der actio redhibitoria bei Redhibitionsstörungen	18

Zweites Kapitel

Verschlechterungen der zurückzugebenden Sache	21
§ 1 Die Verschlechterung im System der Redhibitionsstörungen	21
§ 2 Wertersatzpflicht bei Verschlechterung	22
§ 3 „Opera“ als Verschulden	23
§ 4 Verschulden der Gehilfen	26
§ 5 Rechtsnatur der Haftung für Verschlechterungen	28

Drittes Kapitel

Untergang der zurückzugebenden Sache	30
§ 1 „Mortuus redhibetur“	30
§ 2 „Mortuus redhibetur“ als Fiktion	33
§ 3 Erklärungsversuche des „mortuus redhibetur“	34

§ 4 „Pro vivo habendus est“	36
§ 5 „Pro vivo habendus est“ als Grundlage für die Wertersatzleistung ..	41
§ 6 L. 31,11 und l. 47,1 i. V. m. l. 48 pr. h. t.	43
§ 7 Struktur der Rückgabeverpflichtungen	45
1. <i>Condictio indebiti</i> als Vorbild?	45
2. Kauf mit vertauschten Rollen?	46
3. Die <i>actio redhibitoria</i> als eigenständige Rückabwicklungsklage ..	46
§ 8 Gründe für die Entscheidung „mortuus redhibetur“	47

Viertes Kapitel

Veräußerung der mangelhaften Sache durch den Käufer 52

§ 1 Paulus l. 43,8 h. t.	52
§ 2 Mißlingen der Ablösung bzw. des Rückerwerbes	53
§ 3 Vergleichbarkeit der Veräußerung mit der schuldhaften Vernichtung?	54
§ 4 L. 21,1 h. t. und l. 43,8 h. t.	59

Fünftes Kapitel

Die Unmöglichkeit der Rückgabe wegen *noxae deditio* 61

Sechstes Kapitel

Fugitivus in fuga 64

§ 1 Nicht verschuldete Flucht des Sklaven als Unvermögen des Käufers	64
§ 2 C. 4,58,5 (Gratian, Valentinian, Theodosius, 386)	65
§ 3 „Habito semel bonae fidei contractu“ in C. 4,58,5	67
§ 4 „Sciens“ in l. 21,3 h. t.	68
§ 5 Nachklassisches Recht	71

Zusammenfassung	73
------------------------------	----

Literaturverzeichnis	80
-----------------------------------	----

Einleitung

Die Frage der Risikoverteilung bei den Rücktrittsleistungen gehört zu einem häufig diskutierten Teil des Zivilrechts. Dennoch ist es nicht gelungen, in diesem Bereich vollständige Klarheit zu erzielen. Weder die Entscheidung des Gesetzgebers in § 350 BGB, der den Rücktritt auch dann zuläßt, wenn der Rücktrittsgegenstand durch Zufall untergegangen ist, noch die entgegengesetzte Entscheidung des amerikanischen¹ und französischen² Rechts, wonach der Rücktritt von der unverehrten Rückgabe des Gegenstandes abhängig ist³, kann befriedigen.

Die Regelung des § 350 BGB steht im Konflikt mit dem Gedanken der Gefahrtragung, daß grundsätzlich derjenige die Gefahr für eine Sache trägt, in dessen Obhut sie sich befindet. Das Rückspringen der Gefahr beim Rücktritt erscheint als unbillige Ausdehnung des Gedankens der Rückgängigmachung eines Vertrages zum Nachteil des Rücktrittsgegners.

Andererseits zwingt das amerikanische und französische Prinzip den Rücktrittsberechtigten dazu, für eine Sache zu bezahlen, die er so nicht haben will, nur deswegen, weil die Sache durch Zufall untergegangen ist.

Die Unsicherheit über das rechtspolitisch richtige Prinzip wird im deutschen Recht noch dadurch verschärft, daß bei der Rückabwicklung von Verträgen nach Bereicherungsrecht seit der Ablösung der Zweikondiktionentheorie durch die Saldotheorie⁴ und ihrer Weiterbildungen⁵, die das Risiko dem Leistungsempfänger auferlegen, nunmehr auch der entgegengesetzte Grundsatz Geltung hat⁶. Durch diese Inkongruenz

¹ Vgl. für die Wandlung §§ 2 - 608 (2) des Uniform Commercial Code (UCC) und für den Rücktritt Restatement on Contracts §§ 349, 480, 481.

² Art. 1647 Code civil.

³ Abgesehen freilich von dem Fall, daß der Untergang auf dem Mangel beruhte.

⁴ RGZ 54, 137.

⁵ Zur Weiterentwicklung der Saldotheorie, insbesondere zur Lehre vom faktischen Synallagma vgl. Flessner, Wegfall der Bereicherung, 124 f., 129 ff., Bergmann-Weidenbach, Die Risikoverteilung bei der Rückabwicklung von Leistungen nach Rücktrittsrecht, Diss. Mannheim 1976, 82 ff. m. w. N.

⁶ Auch die Gegner der Saldotheorie stimmen im Ergebnis dem RG zu. Eine Rückkehr zur Zweikondiktionentheorie wird heute allgemein abgelehnt, vgl. dazu Leser, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, Diss. Freiburg, 33 m. w. N.

hat die Diskussion über die Risikoverteilung bei der Rückabwicklung von Verträgen zusätzliche Bedeutung erlangt. Die Kritik richtet sich dabei weniger gegen die Lösung im Bereicherungsrecht als gegen die Regelung des § 350 BGB⁷. Der Streit um das richtige Prinzip läßt sich indessen zurückverfolgen bis auf die Gesetzgebungsgeschichte des § 350 BGB, bei der sich schließlich — gegen gewichtigen Widerspruch⁸ — die gemeinrechtliche Lehre⁹ zur Risikoverteilung bei der römischen Wandlungsklage durchsetzte. Im Rahmen des römischen Rechts rückt daher eine Frage in den Vordergrund, die eine Untersuchung zu rechtfertigen scheint: Hat die Aussage „*mortuus redhibetur*“ in den römischen Quellen tatsächlich die ihr von der gemeinrechtlichen Lehre¹⁰ zugeschriebene Bedeutung der vollen Risikobelastung des Verkäufers? Dann wäre sie gleichsam die Kehrseite des Grundsatzes „*periculum est emptoris*“, der mit Perfektion des Kaufes dem Käufer die Preisgefahr auferlegt¹¹.

Es wird jedoch zu untersuchen sein¹², ob die Gefahrtragungsregel für die Wandlung, die nur den Tod nennt, nicht lediglich einer besonderen Situation des Sklavenkaufs Rechnung trägt, zumal da andere Fälle der gestörten Redhibition eine derart pauschale Risikoverteilung zu Lasten des Verkäufers nicht erkennen lassen. Eine uneingeschränkte Risikobelastung des Verkäufers müßte auch die Fälle der nicht verschuldeten Flucht und der *noxae deditio* erfassen. Bei der Flucht ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen die ersatzlose Redhibition möglich¹³. Und bei der *noxae deditio* wird die Zulässigkeit der Wandlung auf einen ganz anderen Gedanken als den der generellen Gefahrtragung des Verkäufers gestützt¹⁴. Für den Satz „*mortuus redhibetur*“ freilich fehlen solche Einschränkungen. Ohne Begründung nehmen die römischen Juristen die Zulässigkeit der Redhibition des Toten an.

Für das Verständnis des Satzes „*mortuus redhibetur*“ muß daher auch auf das entgegengesetzte Prinzip „*pro vivo habendus est*“ eingegangen werden. Dieses Prinzip fingiert bei Verschulden des Käufers,

⁷ Vgl. Bergmann-Weidenbach, m. w. N.

⁸ Vgl. Zusammenstellung der gutachterlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs II, 143, 207 f.

⁹ Motive II, 231, 282, Prot. I, 792 - 794. Vgl. dazu eingehend Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 26 ff., 60 ff.

¹⁰ Vgl. u. a.: Glück, Pandekten XX, 75, Treitschke, der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Warenhandel nach römischem Rechte und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen, 350 ff., 366 ff., Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht I, 142 f., Sintenis, Das Practische Gemeine Recht, II, 624 f.

¹¹ Vgl. Paulus D. 18,6,8 pr., dazu siehe Kaser, RP I, 552.

¹² Vgl. unten Kap. III, 1 und 8.

¹³ Vgl. unten Kap. VI.

¹⁴ Vgl. unten Kap. V.

daß der tote Sklave als lebend gilt. Die Bedeutung dieser Fiktion ist immer umstritten gewesen. Im gemeinen Recht überwog die Meinung, die die Redhibition gegen Wertersatz zuließ¹⁵.

Im Sächsischen BGB von 1865¹⁶ dagegen und im Dresdner Entwurf¹⁷ fiel die Entscheidung zugunsten des Ausschlusses der Wandlung, die auch der Gesetzgeber in § 351 BGB übernommen hat. Die Ausschlußlösung wird auch in der neueren romanistischen Literatur vorwiegend vertreten. Beide Fiktionen — „mortuus redhibetur“ und „pro vivo habendus est“ — legen einen Zusammenhang nahe, der zu prüfen sein wird¹⁸. Darüber hinaus erscheint die Verschuldensregelung auch insofern wichtig, als hier ebenfalls nur der Tod genannt ist und in einem Beispiel, das der römische Jurist gibt, eine Verbindung mit der zur Wandlung berechtigenden Krankheit des Sklaven hergestellt wird. Ob diesem Beispiel eine verallgemeinerungsfähige Bedeutung zukommt, bedarf einer genauen Prüfung, insbesondere auch im Hinblick auf die Analogiefähigkeit des „pro vivo habendus est“-Satzes. Die Übertragbarkeit dieser Verschuldensregelung ist vor allem bei der Weiterveräußerung durch den Käufer umstritten¹⁹. Aus den Quellen hierzu ergibt sich zunächst nur, daß zur Redhibition einer weiterveräußerten Sache der Rückwerb erforderlich ist. Was jedoch geschieht, wenn der Rückwerb scheitert, ist nicht ausdrücklich genannt. Ob hier auf den Satz „pro vivo habendus est“ zurückgegriffen werden kann, wird zu prüfen sein²⁰.

Aus den Untersuchungen der soeben aufgezeigten Einzelfragen, zu denen auch noch die Fälle der Verschlechterungen sowie der Freilassung gehören, werden sich Vermutungen darüber gewinnen lassen, wie sich die Risikoverteilung bei dem Rückabwicklungsverhältnis der actio redhibitoria entwickelt hat und ob die römischen Juristen ein allgemeines Prinzip bei der Zuordnung des Risikos zugrundegelegt haben.

¹⁵ Windscheid, Pandekten II, 612, Dernburg, Pandekten II, § 101 N. 10, Ha-nausek, Haftung I, 143 f., a. A.: Bechmann, Kauf III, 2 § 342.

¹⁶ § 918.

¹⁷ Dresdner Entwurf, Art. 184 und E I, § 430.

¹⁸ Vgl. unten Kap. III, 4.

¹⁹ Hierzu grundlegend Eck, Die Statthaftigkeit der ädilizischen Klagen trotz Verfügung des Käufers über die Sache, Festgabe Beseler, 159 ff.

²⁰ Vgl. unten Kap. IV.